



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC-07268/07

Administração Indireta Estadual. Fundação de Ação Comunitária - FAC. Dispensa de Licitação. Contratação direta com fundamentação legal inadequada. Regular com ressalva. Recomendação.

ACÓRDÃO ACI-TC - 1779 /2010

RELATÓRIO:

Tratam os presentes autos da análise da DISPENSA DE LICITAÇÃO nº 012/07, com fundamento legal no art. 24, inciso IV, da Lei 8666/93¹ e dos contratos (nº 263/07 a 288/07) dela decorrentes, objetivando o credenciamento de laticínios para fornecimento de leite ao “PROGRAMA LEITE DA PARAÍBA”, ratificada em 12/12/2007.

O Órgão de Instrução (DILIC), em seu relatório inicial, fls. 923/930, fez as seguintes restrições ao procedimento em exame:

- 1. Não consta edital ou justificativa da dispensa ou inexigibilidade de licitar;*
- 2. Não caberia ao administrador realizar qualquer procedimento para aqueles que são inscritos no PRONAF, segundo a Lei nº 10.696/03;*
- 3. Previsão de valor máximo pago, individualmente, ao agricultor familiar, conforme o Decreto nº 5.873/06, em seu art. 5º, § 2º;*
- 4. Contratação através de procedimento licitatório, conforme o art. 37, XXI da CRFB e do Convênio firmado entre o Ministério do Desenvolvimento Social e o Estado da Paraíba, para aqueles que não são inscritos no PRONAF;*
- 5. Inaplicabilidade do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93¹, pois havia possibilidade de prever necessidade de aquisição do leite.*

Atendendo aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o ex-Presidente da Fundação de Ação Comunitária, Srº Gilmar Aureliano de Lima, autoridade homologadora e gestor responsável por firmar os respectivos contratos, foi regularmente notificado, comparecendo aos autos para apresentar esclarecimentos e documentação comprobatória às fls. 933/941, devidamente analisada pelo Órgão de Instrução (fls. 943/949), o qual apontou como sanadas as falhas inicialmente apontadas, a exceção da fundamentação legal baseada no art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos¹ (Lei nº 8.666/93) para a utilização da modalidade Dispensa de Licitação no procedimento em apreciação.

Chamado aos autos, o Órgão Ministerial, através da ilustre Subprocuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz, emitiu cota solicitando informações específicas ao Corpo Técnico desta Corte, inclusive com nova notificação do ex-Gestor, caso necessário.

Diante do requerido pelo Parquet, foi realizada nova notificação ao ex-Presidente da FAC, o qual veio mais uma vez aos autos apresentando nova defesa acompanhada de documentos comprobatantes (fls. 959/981).

¹ Art. 24. É dispensável a licitação:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Após inspeção “in loco” realizada pela Unidade Técnica de Instrução e após a análise da nova documentação apresentada pelo defendente, foi emitido relatório de Complementação de Instrução (fls. 1019/1022), cuja conclusão ratifica o posicionamento exposto no relatório de análise de defesa anterior, ou seja, permanece como única irregularidade a seguinte constatação, in verbis:

“A irregularidade observada pela auditoria não foi o uso, em si, da dispensa de procedimento licitatório, mas seu uso reiterado, através do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93².”

Novel manifestação do Órgão Ministerial, através do Parecer nº 233/2010, fls. 1023/1026, da lavra da ilustre Subprocuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz, o qual teceu os embasamentos legais para corroborar seu entendimento de que, mesmo diante do apontado pela Auditoria:

“Vê-se, porém, que embora o motivo subjacente da dispensa do procedimento licitatório seja inexistente, haveria outro dispositivo legal que estabelece a licitação como dispensada – o art. 19 e parágrafos da Lei nº 10.696 de 2003³. Neste prisma, houve dispensa de licitação em situação legalmente prevista. A finalidade do que ocorreu equipara-se à finalidade do que aconteceria caso a licitação fosse dispensada na forma da Lei nº 10.696.

Trata-se, portanto de vício formal (na fundamentação) sobre o qual não cabe qualquer tipo de condenação.”

Ex positis, o MPJTCE alvitrou pela:

1. Regularidade com ressalvas do procedimento de Dispensa ora em análise;
2. Recomendação à atual gestora da Fundação de Ação Comunitária no sentido de observar as normas consubstanciadas na Lei de Licitações e Contratos, bem como os princípios basilares da Administração Pública, evitando, a todo custo, utilizar motivo diverso em caso de dispensa de licitação e proceder à dispensa de licitação calcada no art. 19 da Lei nº 10.696 de 2003³ apenas para as aquisições feitas junto a cooperativas, associações e grupos informais.

O processo foi agendado para a presente sessão, com as intimações de praxe.

VOTO DO RELATOR:

Gostaria de destacar que na presente sessão estão sendo apreciados mais quatro processos oriundos da Fundação de Ação Comunitária – FAC, todos tratando da mesma matéria, ou seja, Dispensa de Licitação objetivando o credenciamento de laticínios para fornecimento de leite ao “PROGRAMA LEITE DA PARAÍBA” e contratos decorrentes. Formalizados através dos processos nº 01557/07; nº 03572/07; nº 06409/07 e nº 01014/08, os mesmos receberam deste Relator o mesmo entendimento, considerando, inclusive, o Princípio da Segurança Jurídica.

A Constituição Federal em seu art. 37, inciso XXI, estampa como regra o dever de licitar. A ausência de licitação é exceção, e, como tal, deve a legislação elencar os casos em que esta é aceitável, comportando, tão somente, interpretação restritiva.

² Art. 24. É dispensável a licitação:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

³ Art. 19. Fica instituído o Programa de Aquisição de Alimentos com a finalidade de incentivar a agricultura familiar, compreendendo ações vinculadas à distribuição de produtos agropecuários para pessoas em situação de insegurança alimentar e à formação de estoques estratégicos.

(...)

§2º O Programa de que trata o caput será destinado à aquisição de produtos agropecuários produzidos por agricultores familiares que se enquadrem no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF, ficando dispensada a licitação para essa aquisição desde que os preços não sejam superiores aos praticados nos mercados regionais.

O cerne da questão ora agitada repousa na possibilidade de dispensa de licitação mediante a situação emergencial que inviabilizaria, em tempo adequado, a realização de natural processo licitatório, desaguardando em provável prejuízo aos interesses públicos primários.

O primeiro ponto a ser enfrentado refere-se à caracterização da emergência. Neste sentido, o TCU, em entendimento pacificado, através da Decisão Plenária nº 702/2003, assim preleciona:

“... a situação de emergência deverá ser devidamente esclarecida e com a formalização adequada do processo que a justifique, com demonstração razoável para a escolha das empresas e dos preços adotados, estando ai sim, fundamentados os argumentos que permitirão a adoção do instituto da dispensa de licitação.”

Então, mister conceituar emergência no âmbito da administração pública. De forma geral, emergência seria o reconhecimento de situação anormal/crítica que teria o condão de trazer consigo potencial risco de prejuízos ao erário ou à coletividade.

Sobre a contratação, mediante dispensa de licitação, fulcrada em situação emergencial, ensina-nos Antônio Carlos Cintra Amaral:

“É (...) caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização, com prazo e formalidades que exige, pode causar prejuízos à empresa (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou, ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas. Quando à realização de licitação não é incompatível com a solução necessária no momento preconizado, não se caracteriza a emergência.”

Na esteira dos dizeres anteriores, vê-se que a emergência resulta de situação adversa, alheia à vontade do gestor, onde não há espaço para o atendimento das exigências da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo ao interesse público. Portanto, têm-se três aspectos a serem analisados para a configuração de situação ventilada pelo interessado, quais sejam: adversidade, ausência nexo de causalidade entre a conduta do administrador e a situação e o provável prejuízo ao interesse público.

Inicialmente, cabe ressaltar que foi realizada licitação para viabilizar as aquisições decorrentes do Programa Leite da Paraíba, na modalidade Concorrência Pública nº 001/2005, licitação esta que expirou em 31.12.2006. Diante do término da citada licitação, afirma o ex-Gestor em sua defesa, a Presidência da FAC abriu procedimento interno no sentido de solicitar nova licitação em 06.12.2006, todavia, só em 14.09.2007 foi publicado o Edital para a realização de licitação na modalidade Concorrência Pública nº 001/2007, com data prevista para 17.10.2007.

O Edital visando à realização da Concorrência Pública nº 001/2007 foi analisado pela Unidade Técnica deste Tribunal que o considerou irregular, levando a Fundação a cancelar o procedimento licitatório em 24.10.2007.

Considerando que o convênio firmado entre o Governo do Estado da Paraíba e o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome não poderia sofrer interrupção, a Edilidade optou por abrir procedimento para formalizar a Dispensa de Licitação em tela até a conclusão do processo nº 2691/2007, o qual pretendia realizar novo procedimento licitatório para a continuidade do Programa Leite da Paraíba.

O programa de distribuição de leite no Estado da Paraíba iniciou desde o ano de 2002. O Convênio (nº 17/05) firmado entre o Governo do Estado da Paraíba e o Ministério do Desenvolvimento Social vigorou de 03.10.2005 a 31.10.2008.

A Administração Pública tem como um dos seus principais objetivos o interesse público presente nas diversas ações dos Governos Federal, Estadual e Municipal. Os programas desenvolvidos para o combate e erradicação da fome são de suma importância, pois se voltam a atender uma enorme população que vive em condições de pobreza.

Diante destes argumentos, o Programa Leite da Paraíba, desenvolvido pelo Governo do Estado, é considerado de interesse público e se configura de extrema relevância para o combate à fome.

Outro aspecto de estrita relevância na análise deste processo de Dispensa de Licitação trata-se dos valores praticados e pagos pelo Ente público para a verificação de dano ao erário. Neste aspecto, valho-me do Parecer emitido nestes autos pelo Ministério Público junto a este Tribunal, nos seguintes termos:

“A Senhora Auditora de Contas Públicas Juliana de Lourdes Melo Ferreira afirma em seu pronunciamento que, tendo em vista o fato de o fornecimento de leite ter sido realizado a preço único tanto pelas cooperativas, associações ou grupos informais, quanto pelas empresas que forneceram leite, a falha não gerou prejuízo ao erário.

Assiste razão à DILIC, pois, de fato, não se constatou prejuízo ao erário com essa verdadeira ‘cartelização’ do preço do leite.”

Superada esta questão, verificamos de forma conclusiva que o procedimento ora examinado apresenta sua falha restrita exclusivamente à fundamentação legal baseada no art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos⁴.

Neste diapasão, acompanho o entendimento esposado pelo Órgão Ministerial que destaca o fato de que a licitação não é um fim em si mesma, pois ela, embora de natureza formal, deve superar e transcender os excessos formais.

Ademais, mesmo que não houvesse a aplicação do citado dispositivo legal (art. 24, IV, da Lei 8.666/93), haveria outra base legal que estabelece a licitação como dispensada prevista no art. 19, § 2º da Lei nº 10.696 de 2003⁵.

Com base nos fatos aqui evidenciados, considerando o inegável interesse público na execução do Programa Leite da Paraíba, a não ocorrência de preços abusivos e por não vislumbrar dolo, má-fé e, sobretudo, pelo fato da Auditoria não ter apontado danos ao erário, acosto-me ao entendimento do MPJTCE no sentido de:

- 1. julgar regular com ressalva o procedimento licitatório ora analisado – Dispensa de Licitação nº 012/07 e os Contratos dela decorrentes de nº 263/07 a 288/07;*
- 2. recomendar à atual gestora da Fundação de Ação Comunitária no sentido de observar as normas consubstanciadas na Lei de Licitações e Contratos, bem como os princípios basilares da Administração Pública, evitando, a todo custo, utilizar motivo diverso em caso de dispensa de licitação e proceder à dispensa de licitação calcada no art. 19 da Lei nº 10.696 de 2003 apenas para as aquisições feitas junto a cooperativas, associações e grupos informais.*

DECISÃO DA 1ª CÂMARA DO TCE-PB:

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-07268/07, ACORDAM, à unanimidade, os Membros da 1ª CÂMARA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA, na sessão realizada nesta data, em:

⁴ Art. 24. É dispensável a licitação:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

⁵ Art. 19. Fica instituído o Programa de Aquisição de Alimentos com a finalidade de incentivar a agricultura familiar, compreendendo ações vinculadas à distribuição de produtos agropecuários para pessoas em situação de insegurança alimentar e à formação de estoques estratégicos.

(...)

^{§2º} O Programa de que trata o **caput** será destinado à aquisição de produtos agropecuários produzidos por agricultores familiares que se enquadrem no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF, ficando dispensada a licitação para essa aquisição desde que os preços não sejam superiores aos praticados nos mercados regionais.

- I. **julgar regular com ressalva** o procedimento licitatório ora analisado – Dispensa de Licitação nº 012/07 e os Contratos dela decorrentes de nº 263/07 a 288/07;
- II. **recomendar** à atual gestora da Fundação de Ação Comunitária no sentido de observar as normas consubstanciadas na Lei de Licitações e Contratos, bem como os princípios basilares da Administração Pública, evitando, a todo custo, utilizar motivo diverso em caso de dispensa de licitação e proceder à dispensa de licitação calcada no art. 19 da Lei nº 10.696 de 2003 apenas para as aquisições feitas junto a cooperativas, associações e grupos informais.

Publique-se, registre-se e cumpra-se.
Mini-Plenário Conselheiro Adailton Coelho Costa

João Pessoa, 25 de novembro de 2010.

Conselheiro Umberto Silveira Porto
Presidente

Conselheiro Fábio Túlio Filgueiras Nogueira
Relator

Fui presente,

Representante do Ministério Público junto ao TCE